



Justiça social e liberdade dos mercados

Autor: Eduardo Appio

Juiz Federal

publicado em 30.06.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Introdução ao tema

O controle judicial de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais está intimamente relacionado com o Direito Constitucional, já que trata de definir o espaço destinado a cada um dos poderes da República.

Como regra geral, a justiça social é um tema afeto aos órgãos eleitos diretamente pela população (Legislativo e Executivo, no Brasil), sendo que o instrumento mais adequado para sua concretização é o poder de tributação por parte do Estado.(1)

A utilização do aparato judicial como instrumento de redistribuição de renda tem se mostrado ineficiente e cara quando comparada com a tributação imposta pelo Estado.(2)

Ainda assim, o Judiciário tem sido chamado a decidir acerca da distribuição dos bens sociais (justiça social) a partir da chamada crise do Estado-providência,(3) ou seja, diante da escassez de recursos que irão atender a toda uma gama de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Surgem teorias que visam aplicar a racionalidade da economia ao direito, de maneira a assegurar a melhor eficiência alocativa, independentemente das regras de responsabilidade civil por danos causados,(4) especialmente por conta do substancial aumento de acidentes com veículos.(5)

A teoria da escolha pública (*public choice theory*), por exemplo, não aceita que todas as falhas de mercado sejam corrigidas pelo Estado, pois realiza uma análise crítica da ação estatal, a partir da demonstração de que os responsáveis pelas decisões políticas agem, no mais das vezes, em prol de seus próprios interesses, e não em favor do interesse comum. Trata-se de uma teoria crítica a qual visa aplicar à ação do Estado os mesmos pressupostos e soluções aplicáveis ao mercado.(6)

Os instrumentos de justiça social surgem, historicamente, como alternativas para garantir que o próprio modo de produção capitalista sobreviva em casos de seu mau funcionamento (falhas de mercado), sendo que as medidas protagonizadas por Keynes nos Estados Unidos são um exemplo vivo desse tipo de determinação.

Consistem em instrumentos conduzidos pelo próprio Estado e, por conseguinte, são políticas públicas formuladas e executadas pelos membros eleitos pela população (Legislativo e Executivo).

A economia busca, em apartada síntese, a eficiência alocativa dos recursos disponíveis,(7) enquanto os direitos sociais surgem como um mecanismo de concretização dos postulados de justiça social. Nesse sentido, as decisões judiciais têm um nítido sentido prospectivo, na medida em que criam incentivos para os comportamentos futuros das demais pessoas que se encontram na mesma situação que os litigantes envolvidos no processo.(8)

A proposta ideal seria garantirmos uma adequada e eficiente alocação dos recursos públicos, de maneira a assegurar a fiel execução dos postulados e das políticas de justiça social. Temos assistido, todavia, a um conflito potencial entre justiça social e liberdade dos mercados, na medida em que a primeira é refém da ideologia política e a liberdade dos mercados se mostra, por vezes, imperfeita, quando se busca o lucro fácil a qualquer preço.

O sistema atual de previdência e assistência social no Brasil demonstra que, em muitos dos casos, a política estatal não atinge os fins inicialmente desejados e acaba estimulando uma incorreta alocação de recursos. Uma política social excessivamente abrangente pode retirar a dinâmica do mercado de trabalho quando os benefícios para ficar fora do mercado superam os benefícios para continuar trabalhando.(9)

A justiça social demanda um pressuposto filosófico de fundamental importância, qual seja, a escolha de uma teoria de justiça. Nesse sentido, **John Rawls(10)** apresenta uma sofisticada teoria, a qual tem conduzido a mente e os corações de boa parcela da filosofia política. A teoria se concentra na necessidade de (1) resgatar socialmente aqueles que não tiveram oportunidade de participar do mercado de trabalho nem acesso aos bens sociais por razões de incapacidade física e/ou intelectual, por exemplo; e (2) assegurar que a sociedade enriqueça como um todo, de maneira que uma maior renda aos que se encontram no topo da pirâmide econômica somente se justifica quando exista uma melhoria das condições econômicas e sociais de quem se encontra na base dessa mesma pirâmide.

Cumprе considerar, todavia, que, ante a injustificável omissão dos membros dos poderes eleitos diretamente pela população, os direitos sociais previstos nas leis e na Constituição da República, muitas vezes, são reduzidos a uma vaga promessa sem qualquer concretude. Para esses casos, a intervenção do Poder Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem se mostrado um mecanismo que garante o adequado funcionamento do sistema constitucional.

A intervenção do Poder Judiciário se dará, por conseguinte, de forma secundária e excepcional e somente após demonstrada, pelo autor da ação, a injustificável e inconstitucional omissão do poder responsável.

O assunto não é novo, já que a definição sobre o que seja uma verdadeira **questão política** foi tratada até mesmo nas Constituições de 1934 e 1937, as quais vedavam a revisão judicial acerca de questões políticas. Nos Estados Unidos, a doutrina das questões políticas foi bastante mitigada nos casos

em que se buscava **adequada representação eleitoral** (Baker v. Carr, 1962), mas reafirmada em temas como prerrogativas do presidente da República para finalizar tratados internacionais (Goldwater v. Carter, 1979).

A judicialização da política se tornou um tema quase que obsessivo ao longo da recente história do Direito Constitucional brasileiro, especialmente a partir do espaço institucional destinado ao Ministério Público na Constituição de 1988.

As mais importantes decisões acerca de concessão de reajustes em serviços públicos concedidos, realização de obras e prestação de serviços pelos órgãos governamentais passaram a ser objeto de ações coletivas, decididas, em sua maioria, por múltiplas instâncias nos mais diversos recantos do país. Imaginem, por exemplo, o caso das ações que vinham discutindo a legalidade da chamada tarifa de assinatura básica mensal na área de telefonia, em que mais de 15.000 ações haviam sido distribuídas em todo o país. Nesse caso, sequer havia uma definição sobre se a competência seria da Justiça Estadual ou da Federal ou, ainda, se a matéria poderia ser objeto de ações coletivas. Em data recente, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu o assunto, mas durante muito tempo a própria Anatel alegou que a política econômica para esse setor deveria ser definida, com exclusividade, pelas instâncias técnicas apropriadas, ou seja, no próprio âmbito das agências reguladoras.

1 Como surge a judicialização da política no Brasil?

Existem alguns dados que tornam o cenário brasileiro bastante peculiar:

1. Os juízes brasileiros não são eleitos nem mesmo indicados, na esfera federal, pelo Poder Executivo. Nos Estados Unidos, por exemplo, os juízes federais são indicados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado, o que acentua a responsabilidade política do Poder Judiciário. Os juízes brasileiros tendem a responder de forma mais independente sobre questões políticas e, não raro, vulgarizam os mecanismos de controle difuso de constitucionalidade. Existe uma desconfiança latente entre as instâncias inferiores e as superiores, bem como entre os membros do Poder Judiciário e a classe política, de uma maneira geral.

2. O Ministério Público tornou-se uma instituição bastante independente após a Constituição Federal de 1988, e, muito embora o procurador-geral de Justiça nos estados seja escolhido pelo governador do Estado, após formação de lista tripartite pelos seus membros, cada vez mais o MP se afirma como uma instância de controle dos atos do poder público eleito.

3. Existe uma crise de confiança em relação à classe política no Brasil. Não é um fenômeno estritamente nacional, mas no Brasil os cidadãos tendem a acreditar que as decisões dos juízes são mais confiáveis que as decisões tomadas pelo Congresso Nacional. Lowenstein já falava, desde muito, em "erosão da consciência constitucional". O fenômeno é agravado pelo importante número de medidas provisórias editadas ao longo dos últimos vinte anos, bem como pela ausência de equilíbrio dentro do Congresso Nacional. Ao longo dos últimos anos, observou-se a existência de uma oposição oprimida que, não raro, irá buscar

no próprio Poder Judiciário o espaço para sua sobrevivência.

Esses três dados são de capital importância para a compreensão deste ativismo judiciário no Brasil, que, em diversos casos, pode ser facilmente traduzido como verdadeiro populismo judicial, ou seja, a busca de legitimação institucional por meio de decisões de cunho nitidamente político.

2 A judicialização é boa?

A judicialização da política é necessária sempre que as minorias não encontrem espaço político no Congresso Nacional para se proteger da chamada "opressão ou ditadura das majorias".

A ideia de um Poder Judiciário forte nos Estados Unidos, por exemplo, surge como um mecanismo político de contenção das majorias parlamentares. A chamada **difficuldade contramajoritária**(11) é superada pela ideia de que as minorias têm direito a um tratamento com igual **consideração e respeito** por parte do Estado. Essa ideia, muito forte na obra de **John Rawls**, por exemplo, é recuperada por filósofos contemporâneos como **Ronald Dworkin**,(12) o qual insiste que os juízes devem interferir nos resultados substantivos do jogo democrático de maneira a assegurar que todos tenham o mesmo tratamento. A cláusula da igual proteção, a qual faz parte da Constituição norte-americana, dá margem a dois significados e a duas correntes interpretativas.

Para a corrente procedimentalista, a qual teve como um de seus grandes expoentes o professor John Ely – **Democracy and distrust**(13) –, sustenta uma visão interpretativista da Constituição, ou seja, que os juízes estão limitados pelos quatro cantos da Constituição, devendo procurar no texto da Carta as respostas para os litígios constitucionais.

A outra corrente, dita não interpretativista ou substancialista, sustenta exatamente o contrário, ou seja, que os juízes devem buscar em princípios abstratos da Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, as respostas corretas. **Ronald Dworkin**, por exemplo, defende a chamada **concepção dependente de democracia**, ou seja, somente existe democracia a partir da efetiva distribuição dos benefícios sociais entre todos os membros da comunidade. Se o resultado do jogo democrático se mostrar injusto para uma das partes, os juízes devem interferir de forma ativa, inclusive por meio do ativismo judicial.

Com esse sentido, uma das facetas mais interessantes do ativismo judicial é a superação das omissões legislativas. No caso brasileiro, por exemplo, o Supremo Tribunal resistiu em dar uma interpretação **substancialista** para o mandado de injunção, sob o argumento de que esse espaço era destinado ao Congresso Nacional e havia uma clara separação de poderes. Mais recentemente, mudou essa orientação, suprimindo omissões importantes, tais como o exercício do direito de greve por parte de servidores públicos e outros temas. A questão da fidelidade partidária e a decisão do STF sobre a anistia das multas eleitorais também mexeram fortemente com esses limites, o mesmo se podendo falar acerca da regulação judicial do papel das CPIs no Congresso Nacional.

Sustento, contudo, que o ativismo, como regra, não é a melhor

alternativa:

1. A dificuldade técnica: em sede de políticas públicas, temos que as decisões de natureza **prospectiva** são tomadas por órgãos técnicos, não raro formados por servidores bastante capacitados nas suas respectivas áreas de atuação, como sociologia, economia e mesmo na área do Direito. A formação do juiz brasileiro, como regra, confere-lhe uma função voltada à correção do passado, e não à formulação do que irá ocorrer no futuro.

2. A dificuldade política: em sede de políticas públicas, as decisões dos juízes, especialmente em matéria econômica (repercussão econômica das decisões), não são (nem podem ser) objeto de responsabilização política. Os juízes detêm um “mandato vitalício” e não podem, como regra, ser responsabilizados civilmente pelos danos ocasionados por decisões incorretas.

3. A dificuldade filosófica: em sede de políticas públicas, pode-se dizer que os juízes não detêm as condições de legitimidade para dizer qual é pauta moral correta para a nação, muito embora tenham uma importante missão quando em jogo a tutela das minorias.

3 Alternativas possíveis

1. Os conselhos deliberativos (democracia participativa). O próprio STJ(14) já reconheceu, em mais de uma oportunidade, esta alternativa, dizendo que as decisões dos conselhos deliberativos **vinculam o poder público**.

2. A propositura de ações coletivas visando constranger o poder público a comprovar a razoabilidade de suas escolhas e a observância do princípio do devido processo legal na esfera administrativa.

4 Dois temas polêmicos: educação e saúde

Saúde: a judicialização da saúde no Brasil ainda pende de julgamento no Supremo, mas, em países como Argentina, Costa Rica, Colômbia, África do Sul e Costa Rica, esse tema já foi regulado. Em todos esses países, as Supremas Cortes aceitaram a incumbência política de regular a extensão do direito à saúde, dizendo se ele investe o cidadão comum em um direito subjetivo público de acesso a medicamentos e cirurgias de alto custo. Na **Colômbia**, por exemplo, a Corte Constitucional (decisão de 31.07.2008), por meio da decisão unificada **T-760/2008**, reestruturou todo o sistema público de saúde no país. Essa decisão tem 411 páginas e foi precedida de um amplo debate deflagrado em 1992. A Suprema Corte da Colômbia reuniu um total de 22 casos (tutelas), dos quais 20 eram casos individuais e 2 foram trazidos à Corte por companhias de seguro-saúde. Essa decisão histórica parte, por conseguinte, da afirmação de que “os órgãos de governo responsáveis pela (...) regulação do sistema de saúde não têm adotado decisões que garantam o direito à saúde sem a busca da tutela judicial pelo cidadão”. Os casos que se repetiam todos os dias perante os tribunais e os juízos inferiores foram reunidos em uma única decisão regulatória.

Na Colômbia – ao contrário do Brasil –, entre 1999 e 2005, 89%

das cirurgias, 93% dos tratamentos médicos e 84% dos procedimentos buscados em juízo já estavam previstos nos protocolos de seu sistema público (POS, equivalente ao nosso SUS – Sistema Único de Saúde), o que significa dizer que havia uma clara falha na **execução dessas políticas públicas**. No Brasil, busca-se acesso a medicamentos de alto custo não previstos nas listas do SUS. Na **Costa Rica**, por exemplo, já a partir de 1989, qualquer cidadão pode ingressar com uma petição direta perante a Suprema Corte (Sala IV), mesmo que sem a representação de advogado ou o pagamento de custas judiciais, para a tutela de um direito à saúde que não está previsto, de modo expresso, na Constituição daquele país, mas é considerado uma derivação do direito à vida e à proteção social pelo Estado. Desde uma célebre decisão tomada em um amparo no ano de 1997 (envolvendo pacientes vítimas de Aids), a Corte tem recebido um número crescente de novas demandas (1.100 novos casos em 2007). Tanto na Colômbia quanto na Costa Rica, a questão orçamentária (e econômica) não é tratada.

Na área do direito à educação, a atuação do Poder Judiciário no Brasil tem sido bastante intensa, especialmente naqueles casos em que se busca assegurar, por meio de uma decisão judicial, o efetivo cumprimento de uma política pública já prevista na Constituição, como no caso do direito de acesso ao ensino fundamental (art. 208, I, da CF de 1988) ou do direito de acesso à educação infantil em creche ou pré-escola para crianças até os cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF de 1988).

Temos, ainda, da lavra do Ministro Celso de Mello, o Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5/São Paulo, em que foi assegurado o acesso à educação infantil sem que se possa arguir a cláusula da reserva do possível ante um direito fundamental estampado no corpo da Constituição.

5 O princípio da isonomia e a chamada reserva do possível: a posição do STF

O Supremo Tribunal Federal enfatiza, de uma maneira geral, que a oposição da cláusula da reserva do possível por parte da entidade de direito público que figura como ré não pode ser arguida de maneira a obstar a concretização de direitos fundamentais já previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, temos o abalizado escólio do Ministro Celso de Mello nos autos de medida cautelar na ADPF 45 (julgada em 29.04.2004).

Lei de Responsabilidade Fiscal: a abertura de créditos suplementares (decisões provisórias para aquele ano). A construção de obra pública ou a prestação de serviços com verbas já previstas na lei orçamentária anual assume tamanha importância que, ante a omissão, revela-se é possível falar em processo de *impeachment* (art. 85, VI, da CF de 1988) em caso de descumprimento pelo presidente da República.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) prevê o corte de despesas já aprovadas na lei orçamentária anual, nas hipóteses em que as receitas tenham sido superestimadas, com o intuito de garantir o pagamento da dívida pública.

Temos, ainda, a questão do reajuste e da revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos, quando as partes geralmente buscam a mera recomposição inflacionária. A própria Constituição já assegura, em seu art. 166, parágrafo

terceiro, II, a, a possibilidade de emenda à lei orçamentária anual, sem a necessidade de indicação da fonte de financiamento, nos casos de "dotação para pessoal e seus encargos", o que vem reproduzido pela regra do art. 17, parágrafo sexto, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Lei Orçamentária Anual (anos subsequentes): a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que as despesas decorrentes de decisões judiciais que afetem a folha de pagamento deverão estar inseridas nos limites previstos em lei, do que resulta que eventual aumento de salários, por conta de decisão judicial, imporá a readequação orçamentária do órgão ou poder responsável pelo pagamento, com observância dos limites previstos em lei. No caso, haverá necessidade de suplementação do orçamento, sem que seja necessária a indicação de fonte de custeio, por força do art. 17, parágrafo primeiro, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Conclusões

1. O Judiciário deve interferir, como regra geral, somente nos casos de falha na execução das políticas públicas, especialmente em matéria econômica.
2. O Judiciário pode ser utilizado como uma via facilitada de ampliação do debate democrático em sede de políticas públicas, seja aumentando e assegurando o espaço destinado aos conselhos deliberativos de comunidade (democracia participativa), seja fomentando a realização de audiências públicas sempre que se revele necessária a intervenção após declarado o estado de omissão inconstitucional.
3. Sempre que, em caráter excepcional, intervir no processo de formulação de uma política pública na área econômica, o juiz deverá, primeiramente, fundamentar sua legitimação democrática para atuar, demonstrando, claramente, que a política proposta não atende aos requisitos de proporcionalidade. Ainda assim, nesses casos, poderá somente invalidar a política econômica, sem contudo substituir a atividade dos órgãos eleitos pela população.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

COASE, R. H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Boston: Pearson, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana: la teoria y la practica de**

la igualdad. Barcelona: Paidós, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law**: from Posner to post modernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UnB, 1997.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of Law**. Cambridge: Foundation, 2004.

SCHELLING, Thomas C. **Choice and consequence**: perspectives of an errant economist. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

SUNSTEIN, Cass. **Free markets and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

Notas

1. SUNSTEIN, Cass. **Free markets and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

2. Imagine o seguinte exemplo: um deserto com dois oásis, sendo que o primeiro deles tem uma grande quantidade de sorvete e o outro não tem nada. O Estado decide que parte do sorvete do primeiro oásis tem de ser transportado por um corredor veloz pelo deserto até o segundo oásis. Por efeito do sol, boa parte do sorvete carregado pelo corredor acaba derretendo no meio do deserto, de maneira que o primeiro oásis tem de colocar uma porção extra de sorvete para compensar o sorvete derretido. O sorvete derretido é considerado um custo extra de transação.

3. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UnB, 1997.

4. COASE, R. H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. O autor discute mecanismos de distribuição dos custos sociais de atividades potencialmente danosas a partir da página 95, ao tratar do problema do custo social. O autor traz uma série de exemplos relacionados ao direito de vizinhança.

5. CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

6. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law**: from Posner to post modernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton, 2006. p. 159.

7. SHAVEL, Steven. **Economic analysis of Law**. Cambridge:

Foundation, 2004.

8. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Boston: Pearson, 2007.

9. SCHELLING, Thomas C. **Choice and consequence: perspectives of an errant economist**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

10. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

11. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

12. DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana: la teoria y la practica de la igualdad**. Barcelona: Paidós, 2003.

13. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

14. STJ. REsp 493.811-SP (rel. Ministra Eliana Calmon), publicado em 15.03.2004.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

APPIO, Eduardo. Justiça social e liberdade dos mercados. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em:

<

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Eduardo_Appio.html>

Acesso em: 28 jul. 2015.